

# 징벌적·경직적 부정당업자제재제도, 보완 시급하다

두 성 규 | 한국건설산업연구원 연구위원  
skdoo@cerik.re.kr

글로벌 금융위기 이후 침체일로에 있는 건설업계는 최근 IMF 외환위기 때보다 더욱 어려운 시기를 보내고 있다. 수도권에서의 미분양 증가에서 보듯 분양을 중심으로 한 민간 건설시장의 어려움이 가속되고 있는 데다 SOC 예산도 매년 삭감되는 추세를 보이고 있어 공공부문의 발주 시장도 기대감을 접어야 할 정도의 위기 상황으로 내몰리고 있기 때문이다.

이런 가운데 4대강 사업 담합 비리 판정을 이유로 수자원공사와 조달청이 각각 대형 건설업체 10개사 내지 15개사를, 그리고 LH는 2006~08년 발주한 성남 판교 신도시 등 8개 지구의 아파트 건설공사와 관련한

입찰 담합을 이유로 35개사를 부정당업자로 지정하였다. 이에 따라 이들 업체는 최소 3개월에서 길게는 15개월 간 공공 입찰 참가 제한을 받게 되었고, 이 소식은 그야말로 건설업계를 엄청난 충격 속으로 빠뜨리고 있다. 중복 제재를 받은 건설업체를 제외해도 무려 50개사가 이에 해당된다고 하니 그동안 어느 정도 활발한 영업을 해 온 건설업체 대부분이 영향권에 들어 있다고 해도 과언이 아닐 지경이다.

물론 입찰 참가 제한 조치를 받은 해당 건설업체들의 효력정지 가치분 신청이 법원에서 인용되면서 우선 급한 불은 껐다고 할 수 있지만 이는 일시적인 방편에 불과할 뿐이어서,

가뜩이나 침울한 분위기가 팽배해 있던 건설시장이 빠른 시간 내에 정상적인 상태로 돌아오기를 기대하기는 당분간 어려워 보인다.

## 징벌적 제재는 곧 '시형 선고'

물론 입찰 질서를 어지럽히는 부정당업자에 대한 입찰참가 자격 제한 등의 제재는 거래 질서의 적법성 및 거래 과정의 투명성 확보를 위하여 불가피하다는 점을 모르는 바 아니다. 하지만 계약 위반 행위의 법질서 위반 정도의 경중(輕重)에 상관없이 획일적으로 처벌하거나 각각의 행위에 대한 관련 법령상의 제재 외에 모든 발주처의 입찰 참가 제한을 병과(並科)한다면 형평의 원칙에 반

■ 이 슈 진 단

제재 기간별 처분 현황

(단위 : 건)

구분	계	1월 이하	1~3월 이하	3~6월 이하	6~12월 이하	13월 이상
계	4,924	290	457	1,331	2,610	236
2007년	1,201	73	105	237	731	55
2008년	1,272	53	102	290	751	76
2009년	1,553	79	185	487	733	69
2010년 7월	898	85	65	317	395	36

자료 : 조달청(2010년 7월 현재).

부정당업자 제재 사유별 현황

(단위 : 건)

구분	2008년	2009년	2010년	2011년	2012년	계	(%)
계약 미체결	46	33	24	23	30	156	11
계약 불이행	188	223	137	173	142	863	60
적격심사 포기	27	12	40	11	6	96	7.5
뇌물 제공	2	4	1	6	7	20	1.6
담합 입찰	3	33	1	3	9	49	2.9
부정 행사	6	14	3	1	3	27	1.6
허위 서류 제출	-	18	46	94	16	174	10.6
부실·조작 및 부정 시공	1	9	39	9	15	73	4.4
기타 사유	-	-	2	1	5	8	0.4
계	273	346	293	321	233	1,466	100

자료 : 조달청 조달연보(2012).

한다는 문제 제기가 등장할 가능성은 충분히 있다. 특히, 처벌의 당위성 못지않게 법질서를 훼손하는 부정당업자에 대한 제재 조치의 수위, 즉 그 내용과 범위를 위반 행위와 균형이 맞도록 합리적인 선에서 결정하는 것은 또 다른 의미에서의 법질서 준수라고 할 수 있기 때문이다.

그럼에도 불구하고 앞서의 최근 사례에서 보듯 건설시장 내 대형 및 중견 건설업체 상당수가 제재 처분 기간 동안 모든 공공 계약의 입찰에 참

여할 수 없게 되는, 사실상 '사형 선고'와 다름없는 처분을 받게 되었다. 비록 법원의 가처분에 의한 임시방편으로 현재의 상황을 잠시 피한다고 해도 이는 근본적인 문제 해결과는 거리가 멀다.

조달청에 의한 부정당업자 제재 현황을 기간별로 살펴보면, 6월 이하의 제재 처분이 2,078건으로 전체의 42.2%를 차지하고 있으며, 6월 이상에서 1년 이하의 제재 처분도 53.0%에 달하고 있다. 1년 가까이 모든 공

공공사 입찰에 참가할 수 없다는 것은 영업을 사실상 포기해야 하는 것으로 연결되며, 이는 더 이상 해당 건설업체가 존속해 나가기 어렵게 되는 것으로 해석할 수 있다. 제재 사유별 처분 현황에서는 계약 불이행, 계약 미체결 및 적격심사 포기로 인한 제재 처분이 178건으로 전체 제재 건수의 76.4%에 달할 정도로 많은데, 이는 건설업체가 경영 악화로 인해 계약을 이행할 수 없게 되거나 사전 규격 검토를 소홀히 하여 입찰

금액을 제대로 산정하지 않고 입찰에 참여한 결과로 추정되고 있다.

**선진국, 실효성 위주의 탄력적 운용**

외국에서도 부정당업자에 대해서는 일정한 제재가 가해진다. 그러나 우리나라와 같이 징벌적으로 운영하고 있는 경우는 많지 않으며, 주로 공공 계약의 체결 및 이행 과정에서의 불공정 행위에 초점을 맞추어 계약 질서의 유지와 윤리성, 신뢰성 제고 등을 유도하기 위한 정책적 목적으로 입찰참가 자격을 제한하고 있을 따름이다. 또한, 우리나라와 같이 법률과 시행령에 제재 사유와 기간을 고정하여 제재 기관의 재량을 제한하고 있는 경우는 찾아보기 힘들다.

영국에서는 발주자가 동일한 제재 사유에 해당한다고 해도 제재 기간, 내용에 대해 차별하여 처분을 내릴 수 있는 재량이 허용되고 있다. 캐나다에서도 부정당업자 제재 내용이 입찰참가 자격 제한 외에 다른 계약 조건 부과 등의 제재를 내릴 수 있는 등 탄력적인 운용이 눈길을 끈다. 우리나라도 최근 과징금제도를 입찰참가 자격 제한에 대체할 수 있는 수단으로 도입하기는 하였지만, 선진국에서는 입찰참가 자격 제한 처분 외에도 공공 계약 질서 유지를 담보할 수 있는 다양한 제재 처분을 도입하

여 과도한 처분을 지양하고 제재 수단의 실효성을 제고하고 있다는 점을 주목할 필요가 있다.

**이중 처벌 ‘가혹’**

선진국의 부정당업자제재제도와 비교할 때, 국내 부정당업자제재제도는 아직 보완해야 할 문제점들이 적지 않다고 할 수 있다. 관련 법령에 따른 각각의 제재 중복으로 건설업체가 사실상의 이중 처벌이라는 불이익을 안을 수밖에 없다는 점을 먼저 문제점으로 들 수 있다.

국내 「국가계약법」 시행령상의 부정당업자 제재 사유는 행위의 성질과 해당 법령의 차이, 정책적 효과가 다른 사유들이 혼재되어 21가지에 달할 정도로 다양하고 포괄적이며, 그 중 일부는 각각의 근거 법령 및 그에 따른 제재 수단이 별도로 마련되어 있다. 그럼에도 불구하고 또 다시 「국가계약법」 및 동법 시행령에서 입찰참가 자격 제한이나 과태료 부과 등의 제재를 병과하고 있어 사실상 이중 처벌이 되고 있는 것이다.

또한, 제재 대상 행위의 각 구성요건에서 ‘부실·조잡’, ‘부당’, ‘정당한 이유’, ‘담합’, ‘위조·변조·부정 행사’, ‘뇌물’, ‘부정한 행위’ 등이 포함됨에 따라 이들의 해석을 둘러싼 논란도 있을 수 있어 건설업체

의 행위를 사전에 옥죄는 제약 요인으로 작용하고 있다.

**리니언시 - 법률간 충돌**

다음으로, 입찰참가 자격의 제한을 발주기관 외 타 중앙 관서 등으로 확대하고 있기 때문에 사실상 해당 건설업체의 영업을 더 이상 할 수 없게 만드는 결과를 초래할 정도로 가혹하고, ‘이익형량의 원칙’에 반하는 결과가 될 우려가 있다. 또한, 부정당업자 입찰참가자격 제한은 징벌적 성격을 갖는 행정 형벌에 속함에도 불구하고 「형법」상 인정되고 있는 공소시효제도가 적용되고 있지 않아 건설업체는 언제까지나 예상치 못한 제재를 받을 위험성을 안고 입찰 참가 준비를 할 수밖에 없는 문제점을 안고 있다. 부정당업자 입찰참가자격 제한 처분을 내리면 지체 없이 소속 중앙 관서의 기관장에게 보고하도록 규정하고 있으나, 실제 지정 정보처리 장치에 게재하는 기한에 대해서도 구체적 규정을 두고 있지 않은 상태이다.

공정거래위원회는 적발이 어려운 담합 행위 등 입찰과 관련된 부당한 공동 행위를 적발하거나 방지하기 위하여 자진 신고를 유도하려는 취지로 「공정거래법」에 ‘리니언시 (leniency)’ 제도도 도입하고 있다. 이

■ 이 슈 진 단

제도는 담합 등 부당 공동 행위를 한 자가운데 자진 신고를 한 자 또는 증거 제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자 등에 대해서 1순위자는 과징금이나 시정 조치를 100% 면제해주고, 2순위 신고자에게는 50% 경감해주는 감면 조치가 핵심이다. 현재 영국, 미국 등 29개국이 카르텔의 주요 적발 수단으로 도입·운영 중이다.

그런데 현행 「국가계약법」 제27조 및 「공공기관운영에 관한 법률」 제15조 등에서 입찰 담합으로 인한 부정당업자에 대해 「공정거래법」상의 리니언시제도를 믿고 자진 신고를 하였는지 여부에 관계없이 입찰참가 자격의 제한 처분을 하도록 제도화하고 있기 때문에 리니언시제도의 기능을 촉진하려는 「공정거래법」과 리니언시제도의 기능을 억제하는 「국가계약법」 간에 결과적으로 모순과 충돌을 빚고 있다.

**유도적 운용으로 전환을**

이처럼 현행 부정당업자제재제도는 아직 잔존하고 있는 문제점이 적지 않으므로 다음과 같은 보완이 필요할 것으로 보인다.

첫째, 「국가계약법」 및 동법 시행령에 부정당업자에 대한 조치로서 입찰참가 자격 제한 처분 외에

도 과징금 부과를 선택할 수 있도록 하면서 동시에 동법 시행령 제76조의 2 제2항에 '제76조 제1항 제7호(담합)·제8호(위·변조, 부정행사)·제10호(뇌물) 또는 제17호(사기)에 해당하는 경우'를 과징금 부과 대상에서 제외하고 있는 것에 대한 개선이 필요하다. 이와 같이 이원화된 규정은 현실을 제대로 반영하지 못한 것이므로, 앞으로 행위의 위법성 정도는 과징금부과심의위원회의 판단에 맡기고 과징금 부과 대상에 포함시키는 방향으로 수정되어야 한다.

둘째, 입찰참가 자격 제한 사유의 합리적 재조정이 필요할 것으로 보인다. 부정당업자제재제도의 운영 원칙을 '징벌적 운영'에서 공공계약 질서에 대한 순응을 유도하고 신뢰성을 제고할 수 있는 '유도적 운영'으로 전환해야 할 것이다. 행정제재 처분이 중복적으로 부과되는 결과를 피할 수 있게 현행 「국가계약법」 등에서 규정하고 있는 입찰참가 자격 제한 사유 가운데 타 법령에서 별도의 처벌 규정을 두고 있는 경우, 그와 같은 타 법령상의 제재 수단에 일임토록 개선할 필요가 있다. 부정당업자로 제재할 필요가 있는 경우라도 단순히 입찰참가 자격 제한이나 과징금 부과로

제재 수단을 한정할 것이 아니라 「국가계약법」상의 계약 상대방으로서 그 책임과 의무가 가중되는 등의 조건을 추가하거나 입찰 서류 보완 또는 입찰 보증 강화처럼 경제적 부담을 증가시키는 등 중장기적으로 제재 수단 다양화를 위한 보완 방안도 검토되어야 한다.

**안정적 영업 활동 가능하도록**

그 밖에 부정당업자 제재의 실효성 제고를 위하여 입찰참가 자격 제한 사유가 발생한 후 일정 기간 부정당업자 제재 처분이 내려지지 않았을 때 그 기간 경과에 따른 부정당업자 입찰참가 자격 제한 처분을 면제하는 시효제도(시효 기간은 5~7년으로 하되, 최장 10년으로 한정)를 도입함으로써 건설업체의 안정적인 영업 활동이 가능하도록 할 개선할 필요도 있다. 담합 등 부당 공동 행위를 한 자 중 자진 신고를 한 자 또는 증거 제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자, 즉 '리니언시'를 한 자에 대하여는 '특별법 우선의 원칙'이나 '금반언(estoppel) 원칙' 등을 고려할 때 당해 담합 행위에 의한 부당 사업자라는 이유로 「국가계약법」 등의 규정을 적용하여 입찰참가 자격의 제한 조치를 취하지 않도록 해야 한다. CERIK